

海牙“判决项目”中的诽谤问题:界限内外

张丽珍*

内容摘要:判决的承认与执行是国际难题,而诽谤判决由于关涉言论自由和名誉保护,其承认和执行更为复杂。在海牙国际私法会议“判决项目”中,诽谤最初隶属于海牙判决公约调整事项,后被明示排除于现行海牙判决公约草案之外。这种变化,是多种因素共同作用的结果。“诽谤择地行诉”频繁发生,且引发诽谤判决流通难题,为此种变化的现实原因;掌握国际社会一定话语权的国家,在国内立法中对诽谤判决关闭承认之门,并将该国内法精神渗透到海牙判决公约谈判中,为外部原因;原属“判决项目”调整事项的管辖权问题落至“判决项目”调整范围之外,诽谤判决国际流通失却内部体系保障,为内部原因。我国法院面临外国诽谤判决承认问题时,即便国际条约依据缺失,法院依然可依据国内法中现行外国判决承认与执行的一般规定灵活应对。

关键词:海牙判决公约草案 诽谤问题 判决项目 判决的承认与执行
诽谤判决 诽谤择地行诉

海牙国际私法会议“判决项目”特别委员会于2018年5月底第四次会议上达成的《承认与执行外国判决公约草案》(以下简称《判决公约草案》)再一次把“诽谤”列入“公约排除适用事项”^①。虽然这并不是正式公约关于“诽谤”的规定,具

* 山东农业大学法学系副教授,法学博士。

本文系2018年山东省社会科学规划项目(项目批准号:18CFXJ14)、2017年山东省高等学校人文社科重点项目(项目批准号:J17RZ001)的阶段性成果。

① 2018年5月《判决公约草案》第2条第1款规定:本公约不适用以下事项:(1)自然人的身份和法律能力;(2)扶养义务;(3)包括婚姻财产领域和婚外或类似关系引起的权利义务等家庭法问题;(4)遗嘱和继承;(5)金融机构的破产、和解、决议等类似问题;(6)旅客和货物的运输;(7)海洋污染、海事请求限制、一般海损、紧急拖船和海难救助;(8)核损害责任;(9)法人或自然人和法人合作组织的有效性、无效性或解散,以及这些组织机构决定的有效性;(10)公共登记簿记载事项的有效性;(11)诽谤;(12)隐私(当事人间因违约提起的诉讼除外);(13)知识产权;(14)武装部队的行为,包括其人员履行职责的行为;(15)法律执行行为,包括执法人员履行其职责的行为;(16)反垄断(或反竞争)行为。

体内容尚待各国进一步谈判、协商,但是,该事项历经四次特委会谈判而地位不更,也预示着诽谤判决极有可能无法在该公约框架内得到承认与执行。对此,海牙国际私法会议常设局给出的解释是:“诽谤在很多国家是敏感问题,它涉及表达自由,甚至具有宪法上的意义。工作组建议将其归入排除适用事项之列。”^①而特别委员会也作了相同的解释。^②但是,诽谤并不是从最初就被排除于公约调整范围,事实上,“判决项目”早前的文本设计中并没有将诽谤列入排除事项,换言之,诽谤问题在“判决项目”的文本架构中历经了从界限之内到界限之外的过程,这一变化是多种因素共同作用的结果。

一、诽谤居于“判决项目”界限之内:未列入排除事项

“判决项目”从1992年美国代表团提议时就开始酝酿,到现在已经有26年的时间。在这期间,项目在名称上几经变迁,一度从《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约》变更为目前谈判中的《承认与执行外国判决公约》(以下简称《公约》);谈判范围也逐步缩小,从原来的管辖权和判决承认与执行两手并重,到现在重点规范其中一方面的判决的承认与执行,即从“混合公约”(mixed convention)到“单一公约”(single convention)。这样的变化也说明了管辖权和判决承认与执行的统一协调异常艰难。甚至在20世纪90年代后期,谈判一度陷入僵局,2005年通过的《选择法院协议公约》是海牙国际私法会议为突破困境而在协议管辖这一单一议题上取得妥协,是“判决项目”最初设想的阶段性、妥协性产物,但意义重大,“公约的通过标志着国际社会在私法的国际统一进程中又迈出了一大步”。^③

从“判决项目”最初的1999年《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约》,到2001年《初步案文》,再至2005年《选择法院协议公约》,又至“判决项目”特

① See HCCH, Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Issues Drawn up by the Permanent Bureau, <https://assets.hcch.net/docs/e402cc72-19ed-4095-b004-ac47742dbc41.pdf>, p.9, visited on 23 September 2018.

② See HCCH, Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 24-29 May 2018, p.13, <https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf>, visited on 23 September 2018.

③ 徐国建:《建立国际统一的管辖权和判决承认与执行制度——海牙〈选择法院协议公约〉述评》,《时代法学》2005年第5期,第16页。

委会2016年至2018年四次特委会会议达成的四个版本的公约草案^①,每一个文件都规定了《公约》的适用范围,同时也规定了排除事项,而诽谤判决一直属于《公约》调整范围,后被列入排除事项,下文对这些文件及其所关涉的诽谤问题予以一一梳理。

(一)初登台面:1997年《国际民商事管辖权和外国判决报告》

海牙国际私法会议常设局(Permanent Bureau)于1997年4月拟定了《国际民商事管辖权和外国判决报告》,作为《公约》的初始文本供特别委员会^②讨论,其中,在该报告的“管辖范围的限制”部分,对是否把诽谤纳入调整范围的问题进行了集中分析。该报告认为,当法院依据《公约》规定行使管辖权时,应能受理当事人之间发生的任何性质的纷争,但是,在某些情况下,法院的管辖权却受到诉因性质的限制。比如,在诽谤案件中,受害人在其惯常居所地法院起诉时,其诉讼请求仅仅限于其在该国所受的损害;而如果受害人在诽谤行为地或被告惯常居所地起诉时,其诉讼请求可扩及其在任何地域范围受到的损害。^③另外,在该报告的“其他管辖”部分,在论及侵权案件的管辖时,该报告认为,如果要规定侵权案件的管辖依据,应在起草时尽可能详细地列出现有的主要侵权种类,并分别确定其管辖依据。如果侵权纠纷仅涉及加害人和受害人,在加害人能预见的情况下,比如,对于通过报刊、电视或网络进行的诽谤,视为侵权人知晓其行为能影响到惯常居所地在其他国家的当事人,应由受害人的惯常居所地法院管辖;如果当事人不能预见到该管辖地点(比如不知道受害人的惯常居所地,或者不知受害人旅行至事故发生地),可由侵权行为地法院管辖。此类规定可解决实践中出现的侵权行为发生地在一国而损害结果地在另一国的棘手侵权纠纷的管辖问题。^④

^① 这四个版本的草案分别是“判决项目”特委会在2016年6月1-9日召开的第一次特委会会议上达成的“2016年初始公约草案”;在2017年2月16-24日召开的第二次特委会会议上达成的“2017年2月草案”;在2017年11月13-17日召开的第三次特委会会议上达成的“2017年11月公约草案”以及2018年5月24-29日召开的第四次也是最后一次特委会会议上达成的“2018年草案”。

^② 这里的“特别委员会”和海牙国际私法会议一般事务和政策理事会2016年设立的拟定《公约》特别委员会不同,为示区分,可以认为这里的特别委员为早期特别委员会,而后者为“判决项目”特别委员会。

^③ See HCCH, International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Report Drawn up by Catherine Kessedjian, <https://assets.hcch.net/docs/76852ce3-a967-42e4-94f5-24be4289d1e5.pdf>, p.26, visited on 23 September 2018.

^④ See HCCH, International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Report Drawn up by Catherine Kessedjian, <https://assets.hcch.net/docs/76852ce3-a967-42e4-94f5-24be4289d1e5.pdf>, pp.36-37, visited on 23 September 2018.

这是“判决项目”关于诽谤问题的最早文件记录,该文件不只一次以诽谤为例说明相关管辖权问题,显然表明诽谤问题属《公约》调整范围。

(二)再次留痕:“管辖权和判决的承认与执行”特委会系列文件

海牙国际私法会议“管辖权和判决的承认与执行”特别委员会(以下简称“特委会”)于1997年6月17-27日、1998年3月3-13日、1998年11月10-20日、1999年6月7-18日、1999年10月25-30日召开了五次会议,对1997年《国际民商事管辖权和外国判决报告》予以商讨,这五次会议皆涉及诽谤问题。

在第一次会议形成的8号初始文件中,特委会认为,通过诸如网络等新兴通信方式的侵权纠纷,特别是诽谤,逐渐增多,在一个法律规定对被告有利的国家设定惯常居所轻而易举,因此,仅以被告惯常居所地来确定管辖权有失偏颇,不利于受害人利益的保护。^①8号初始文件还提到,当侵权人通过网络发布诽谤信息时,该信息辐射至多个国家,所涉侵权行为地国众多,但其中的受害人惯常居所地国容易判定,因此,特委会建议,应对由诽谤受害人惯常居所地国法院管辖对加害人是否公平的问题进行研究。^②

在第二次会议形成的9号文件中,特委会申明,侵权案件由被告惯常居所地国法院管辖是一般原则,而对于诸如诽谤之类的侵权行为发生地和损害结果地不在同一国的特殊侵权案件,应由其他地方法院管辖,这是一般原则的例外。为保障双方在诉讼程序上的程序正义,应为诽谤、产品责任等特殊侵权设定特殊的管辖规定。^③

① See HCCH, Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Drawn up by Catherine Kessedjian, <https://assets.hcch.net/docs/ecc45930-f5a1-4bd1-b94c-420c44a05954.pdf>, visited on 23 September 2018.

② See HCCH, Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Drawn up by Catherine Kessedjian, <https://assets.hcch.net/docs/ecc45930-f5a1-4bd1-b94c-420c44a05954.pdf>, visited on 23 September 2018.

③ See HCCH, Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Drawn up by Catherine Kessedjian, <https://assets.hcch.net/docs/3385edb5-6f63-4624-934c-4d4245fdcef6.pdf>, p.34, visited on 23 September 2018.

特委会第三次会议形成的1998年9月第2号信息文件^①和《国际民商事管辖权和外国判决效力》工作文件^②中并没有在排除事项中提到诽谤,这表明,诽谤依然属于《判决公约草案》的调整范围。

在第五次即最后一次特委会会议上,《民商事管辖权及外国判决公约初始草案》(Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters,以下简称“1999年《公约草案》”)正式公布,1999年《公约草案》第1条第2款规定了排除事项,包括自然人的身份和能力;扶养义务;婚姻财产和其他因婚姻或类似关系而引起的权利和义务;遗嘱和继承;破产、重组和其他类似程序;社会保障;仲裁和相关程序;海事或海上问题。^③诽谤也没有出现在排除事项中。

特委会的这五次次会议文件,虽以诽谤为例来探讨管辖权依据,但在排除事项中并不罗列诽谤,表明诽谤仍居于《公约》调整范围之内。

(三)继续留存:2001年《初步案文》及2002年《因特网对判决项目的影响:面向未来》报告

2001年,由常设局和其他共同报告人共同起草了2001年《初步案文》^④(2001 Interim Text),其中,第1条“实体范围”规定了排除适用事项,但诽谤并不在其中。

2002年,海牙国际私法会议临时法律官员艾薇儿·海恩斯女士(Avril D. Haines)向常设局提交名为《因特网对判决项目的影响:面向未来》的专门报告,该报告多次提及容易通过网络实施的诽谤。在论及和互联网用户相关的纠纷应由

① See HCCH, Preliminary Draft Outline to Assist in the Preparation of a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Prepared by the Permanent Bureau, <https://assets.hcch.net/docs/bce612db-6448-4052-aec7-7abc88ac548f.pdf>, visited on 23 September 2018.

② See HCCH, Special Commission on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Proposal by the Drafting Committee, <https://assets.hcch.net/docs/1be05729-3132-43be-89c3-82be3fdb2224.pdf>, visited on 23 September 2018.

③ See HCCH, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>, p.4, visited on 23 September 2018.

④ See HCCH, Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001 Interim Text, Prepared by the Permanent Bureau and the Co-reporters, <https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf>, visited on 21 September 2018.

“来源国”还是“目的国”管辖时,该报告认为网络信息传递中隐含着公共政策关切,尤其是在知识产权、诽谤、淫秽出版物、隐私、种族主义和言论自由方面,虽然1999年《公约草案》采用了“目的地”标准,但是2001年《初步案文》对管辖依据予以一定程度软化。此时,诽谤依然在《公约》的视野中。

(四) 踪迹可辨:2005年《选择法院协议公约》

2005年通过的《选择法院协议公约》是在“判决项目”举步维艰的情况下自下而上的妥协性举措,缓解了“判决项目”长期无果的尴尬局面。《选择法院协议公约》第2条第2款将若干事项排除出该公约适用范围,^①在多达16项的排除事项中,并没有涵盖诽谤,但是,《选择法院协议公约》所明示排除的“自然人或其代理人提起的人身伤害诉讼”是否包含诽谤?对该问题,《选择法院协议公约》的解释报告并没有直接回答,但是,该解释性报告在分析关涉损害赔偿判决的承认与执行时,举例道:“在有的国家,诽谤是刑事犯罪而不是侵权,而另有一些国家认为是侵权而不是刑事犯罪,如果后一类国家法院判决当事人承担诽谤损害赔偿,前一类国家不能仅仅因为其在同等情形下会作出不同判决,就拒绝承认与执行该判决。”^②以诽谤判决为例来解释《公约》的条文,显然诽谤依然在《公约》的调整范围内。另外,哈特莱(Hartley)和正垣内正人(Dogauchi)的解释性报告认为,《公约》排除事项中的“人身伤害”包括精神损害(即便该损害并不和身体伤害同时发生),例如,目睹了家庭成员的离世,但不包括侮辱和情感伤害,如侵犯隐私和诽谤。^③这再次证实了诽谤依然居于《公约》范围之内这一事实。

二、诽谤落于“判决项目”界限之外:位列排除事项

鉴于“判决项目”的推进困难重重,甚至一度停滞不前,海牙国际私法会议一

① 这些事项是自然人的身份与法律能力;扶养义务;其他家庭法事项,包括婚姻财产制度以及由婚姻或者类似关系产生的其他权利义务;遗嘱与继承;破产、重组及类似事项;旅客和货物的运输;海上污染、海事责任限制、共同海损、紧急拖船和基金救助;反托拉斯(竞争)事项;核损害责任;自然人或其代理人提起的人身伤害诉讼;和合同关系无关的对有形财产的伤害请求;不动产物权及租赁;法人的合法性、无效和解散及法人机关决定的效力;著作权和及其邻接权以外的知识产权的有效性;除版权和邻接权以外的知识产权侵权,因违约而引起或可能会违约而提起的知识产权侵权诉讼除外;公共登记的有效性。

② See HCCH, Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreement: Explanatory Report Drawn up by Masato Dogauchi & Trevor C. Hartley, https://assets.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26e.pdf, p.45, visited on 23 September 2018.

③ See HCCH, Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention Drawn up by Trevor Hartley & Masato Dogauchi, <https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf>, p.43, visited on 23 September 2018.

般事务和政策理事会在2012年决定重启“判决项目”,理事会邀请专家小组重新考虑“管辖权”问题,并设立了一个工作组来准备项目提案。从2012年到2015年,工作组举行了五次会议对提案进行磋商,并于2015年11月形成了“文本建议草案”。在这期间,“管辖权”问题暂时淡出项目提案视野,《公约》排除事项方面也有了调整 and 变化,其中比较明显的是,诽谤被纳入《公约》的排除事项之列,诽谤判决不再属《公约》的调整范围。

(一)初落界外:2013年《判决承认与执行工作组亟须讨论的问题清单》

2013年2月,常设局制定了《判决承认与执行工作组亟须讨论的问题清单》^①(Annotated Checklist of Issues to be Discussed by the Working Group on Recognition and Enforcement of Judgments Prepared by the Permanent Bureau),在这份文件中,诽谤第一次被排除出《公约》适用范围。这份文件首先对诽谤进行简要界定,并坦陈2001年《初步案文》和2005年《选择法院协议公约》都没有排除诽谤,接着分析将诽谤排除于《公约》适用范围的原因。具体而言,随着互联网的广泛应用,任何在网络发表的信息可迅速传达至世界各地,诽谤纠纷日益增多,诽谤判决的承认与执行也引起很多国家的高度关注,比如,美国通过了SPEECH法案,不承认那些对言论自由的保护低于美国的国家所作的诽谤判决,而该SPEECH法案的推动力是“诽谤择地行诉”。再如,在欧盟范围内,“诽谤择地行诉”也一直是热门话题,相关讨论和争执不曾停止。鉴于此,工作小组决定将其作为特别事项置于《公约》范围之外,或者依赖“公共政策”等工具来拒绝承认诽谤判决。

(二)文载出界:2015年《文本初始草案》和《文本建议草案》

2015年2月3-6日,“判决项目”工作组在海牙召开第四次工作组会议,通过了工作组报告和关于判决承认与执行的《文本初始草案》(Preliminary Draft Text)^②,该文本的第2条第2款规定了《公约》排除适用的事项,共有11项之多,其中最后一项是诽谤,这是诽谤第一次在《判决公约草案》文本中被明确规定为排除事项。在同年10月26-31日召开的工作组第五次会议上通过了《文本建议草案》

^① See HCCH, Annotated Checklist of Issues to be Discussed by the Working Group on Recognition and Enforcement of Judgments Prepared by the Permanent Bureau, <https://assets.hcch.net/docs/23710baf-121a-42e9-a824-89c2396f9688.pdf>, visited on 23 September 2018.

^② See HCCH, Report of the Fourth Meeting of the Working Group on the Judgments Project (3-6 February 2015) and Preliminary Draft Text Resulting from the Meeting, <https://assets.hcch.net/docs/01fbccec-88e2-460a-9276-a3aa795c605b.pdf>, visited on 23 September 2018.

(Proposed Draft Text)^①(该文本被称为2015年11月《文本建议草案》),诽谤依然被列为排除事项,但这次是规定在第2条第1款中。

(三)几成定局:“判决项目”特委会《公约草案》

海牙国际私法会议一般事务和政策理事会在2016年3月15-17日召开的会议上,一方面肯定了工作组完成的《文本建议草案》;另一方面,决定设立“判决项目”特别委员会(以下简称“判决项目”特委会)来具体负责《公约》的起草工作。在这次会议上,理事会还指派常设局准备“判决项目”解释性文件,常设局以工作组2015年11月《文本建议草案》为基础,提请特委会注意《文本建议草案》的背景和特别需要注意的问题。在这份解释性文件中,常设局就诽谤排除于《公约》适用范围的问题作出解释,即诽谤是关涉表达自由的具有宪法层面含义的敏感问题,之前的工作组已建议将其排除于《公约》适用范围,特委会可考虑,诸如数据保护和人格权保护等相关内容是否应一并排除出《公约》。^②

“判决项目”特委会第一次会议于2016年2月1-9日召开,会议达成2016年《公约初始草案》(2016 Preliminary Draft Convention),诽谤在该草案中依然被作为排除事项。2017年2月,国际律师协会(IBA)在“关于2016年《公约初始草案》的报告”中认为,诽谤之所以被排除,除了其本身敏感之外,还和各国的文化差异有关,比如,在一国构成诽谤的行为或事实,在另外一国可能只是无足轻重之举,因此,即便将诽谤规定在《公约》中,其也会在判决承认与执行环节受阻。^③

特委会于2017年16-24日召开的第二次会议上达成的2017年2月《公约草案》,依然延续了《公约初始草案》的主体内容,即诽谤仍然在被排除事项之列,然而,考虑到“隐私”和“诽谤”是不同的概念,前者涉及真实信息的传播,而后者涉及不实信息的传播,因此,将“隐私”和“诽谤”都归在第2条第1款中排除事项的

① See HCCH, Report of the Fifth Meeting of the Working Group on the Judgments Project (26-31 October 2015) and Proposed Draft Text Resulting from the Meeting, <https://assets.hcch.net/docs/06811e9c-dddf-4619-81af-71e8836c8d3e.pdf>, visited on 23 September 2018.

② See HCCH, Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Outstanding Issues Drawn up by the Permanent Bureau, <https://assets.hcch.net/docs/cc05a8af-38e0-41d3-9801-3a4c8a2017e3.zip>, p.9, visited on 23 September 2018.

③ See HCCH, Report of the International Bar Association (IBA) on the 2016 Preliminary Draft Convention, <https://assets.hcch.net/docs/cc05a8af-38e0-41d3-9801-3a4c8a2017e3.zip>, visited on 23 September 2018.

第k项^①,但是将“隐私”放入方括号,使之成为“方括号事项”,以便在下次特委会会议上重点讨论。

在2017年11月13-17日特委会第三次会议达成的2017年11月《公约草案》中,诽谤作为独立事项位列排除事项第11类。对此,特委会给出的解释是,诽谤对很多国家来说都是敏感问题,因为其涉及言论自由,并具有宪法层面的含义。《公约》所排除的诽谤包括口头诽谤和书面诽谤,也包括以新闻、广播、电视、网络等任何公开通信方式对自然人和法人的诽谤。^②而“未经授权的公开披露私人生活信息”成为方括号事项,位列被排除事项第12类。^③在2018年5月24-29日第四次特委会会议达成的2018年《公约草案》中,诽谤依然位于排除事项之列。

三、诽谤游离于现行“判决项目”之外归因:多维视角

诽谤在“判决项目”中从居于界限之内到落至界限之外,是多种因素共同作用的结果,除了如特委会所解释的诽谤属“敏感”问题之外,还和近年来一度引起新闻界和法学界关注的“诽谤择地行诉”有关,也和在国际社会拥有话语权的谈判国家的国内立法变动有关,更和原属“判决项目”规划事项的管辖权问题被排除出“判决项目”范围有关。

(一)现实原因:“诽谤择地行诉”频繁发生

“诽谤择地行诉”(libel tourism),又被形象地称为“诽谤诉讼旅行”、“诽谤之诉游移”,是指诽谤纠纷的当事人到诽谤法律规定对自己有利的法院提起诉讼,以期取得胜诉判决的行为。实践中,此类案件的原告往往和法院地国没有特别的联系,但是,法院地国对诽谤构成规定的条件极低,在此地诉讼的原告很有可能获得胜诉。在诽谤法之外的国际民事诉讼领域中,往往把这种现象称为挑选法院(forum shopping),即当事人到一个法律规定对其有利的国家提起诉讼。所以,“诽谤择地行诉”是跨境诽谤诉讼案件中的挑选法院。虽然挑选法院之举不值得提倡,但是它在实践中又切实存在。

美国宪法第一修正案确立了言论自由(freedom of speech)原则,该原则起到

^① See HCCH, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), <https://assets.hcch.net/docs/d6f58225-0427-4a65-8f8b-180e79cafdbb.pdf>, visited on 26 September 2018.

^② See Judgments Convention: Preliminary Explanatory Report, Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 13-17 November 2017, p.12.

^③ See HCCH, November 2017 Draft Convention, <https://assets.hcch.net/docs/2f0e08f1-c498-4d15-9dd4-b902ec3902fc.pdf>, visited on 23 September 2018.

了“维持稳定和变化二者之间平衡的作用”^①,且该原则甚至被认为“具有神圣的地位”^②,因此,在宪法的保障下,美国社会形成了相对宽松和相对自由的言论表达环境,尤其自《纽约时报》诉萨利文(New York Times v. Sullivan)案^③确立了新闻自由之后,“言论自由被赋予了最高的价值,如果言论有时损及名誉,很不幸,这不过是保护该种自由所付出的必不可少的代价”。^④但是,一旦这些言论涉及美国之外的当事人,且该当事人所在国家对言论自由的保护低于美国,该美国境外的当事人会自然而然地认为自己的名誉权受到侵犯,往往会通过诉讼方式来维护自己的权益,且一般会选择到诽谤构成要件更低的国家提起诉讼,由此出现“诽谤择地行诉”。因此,“诽谤择地行诉”中的被告往往是美国人,且多是文章作者或出版商。

而就“诽谤择地行诉”的目的地而言,英国往往称为当事人的优选地。原因在于,英国法虽然也保护言论自由,但是更关注名誉保护。^⑤虽然以往有学者认为这是对思想自由的侵蚀,并讥讽道:“在英国,有关出版一项的法律虽然直到今天都和都铎尔朝代一样富于奴性”^⑥,但是,即便如此,这种传统还是流传下来,甚至扩及新闻传媒领域,即对于普通民众名誉权的保护是新闻媒体应坚持的原则,这种原则主要体现在1952年和1996年《诽谤法》中。英国法院在审理诽谤案件时,往往先预设引起案件纷争的报导或言论是不实报导或不实言论,原告只需要就下列事项进行证明:该报导或言论是针对原告的;且是由被告完成、发表或出版的;该报导或言论具有诽谤的意思。^⑦而“证明报导真实性的举证责任在被告一方”^⑧,显然,完成此种证明极其困难。这些皆表明,英国的诽谤法律规定明显有利于诽谤诉讼的原告,原告多数情况下也能取得胜诉判决,因此,英国的《诽谤法》又被称为“原告友好型”(plaintiff-friendly)的《诽谤法》。那些认为自己被“诽谤”的所谓受害人都一般选择到伦敦提起诽谤之诉,伦敦因此成为名噪一时的“诽谤诉讼之

① See Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *The Yale Law Journal* 879 (1963).

② See Heather Maly, *Publish at Your Own Risk or Don't Publish at All: Forum Shopping Trends in Libel Litigation Leave the First Amendment Un-Guaranteed*, 14 *Journal of Law and Policy* 889 (2006).

③ See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

④ See *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 281 (1964).

⑤ See Lord Lester of Herne Hill QC, *Free Speech Today*, 33 *Polish Yearbook of International Law* 135 (2013).

⑥ [英]约翰·密尔:《论自由》,许宝骙译,商务印书馆1959年版,第18页。

⑦ See Rodney A. Smolla, *Law of Defamation* 13-32 (Thomson West 2007).

⑧ See Robert D. Sack, *Sack on Defamation: Libel, Slander and Related Problems* 15-62 (Practising Law Institute 2010).

都”(libel capital)、“一座名为起诉的城”^①。有学者甚至认为,诽谤胜诉判决成了特殊的“伦敦宣传手册”^②。毋庸置疑,英国是最受诽谤旅行者欢迎的诽谤择地行诉目的地,除此之外,诽谤旅行者有时也会选择到澳大利亚、新加坡、新西兰、吉尔吉斯斯坦、印度尼西亚和巴西提起诽谤之诉。^③

诽谤择地行诉已屡见不鲜,但当事人择地行诉获得的诽谤判决并不见得能得到其他相关国家的承认与执行,美国就是对外国诽谤判决持否定态度的典型国家。

(二)外部原因:美国对外国诽谤判决关闭承认之门

美国作为当今世界的超级大国,在世界范围内享有广泛的话语权,这种话语权体现在国际交往的很多方面,尤其在国际规则的制定过程中,美国会将本国相关国内法的理念、精神经其话语权贯穿于国际条约的谈判中,甚至渗透到国际文件案文中,从而彰显所谓的美国立场。而在“判决项目”谈判期间,美国国内以决绝的态度对外国诽谤判决关闭承认与执行之门,这一点也不可避免地体现在《公约》谈判中,甚至一定程度上影响到诽谤在“判决项目”中的归途。

1. 美国早期关于诽谤判决承认与执行的制度

长期以来,在美国,外国判决的承认与执行属各州立法事项,一旦外国诽谤判决在美国申请承认与执行,被请求法院一般根据其所在州的普通法或成文法来决定承认与否。目前,美国各州关于外国判决的承认与执行的模式主要有两种:有已被20多个州采纳的希尔顿案模式和被30多个州采纳的《统一承认法》模式。^④

希尔顿案模式源于美国联邦最高法院在1895年判决的希尔顿诉古约特(Hilton v. Guyot)案^⑤(以下简称“希尔顿案”)。在该案中,法国法院判决在巴黎经商的两个美国被告败诉,法国胜诉方申请美国联邦上诉法院承认与执行该判决,联邦上诉法院认为,一般情况下,美国“出于礼让”,应该承认与执行外国判决,但

^① See Richard N. Winfield, *Globalization Comes to Media Law*, 1 *Journal of International Media and Entertainment Law* 110 (2006-2007).

^② See Robert L. McFarland, *Please Do not Publish this Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism*, 79 *Mississippi Law Journal* 619 (2009).

^③ See Tara Sturtevant, *Can the United States Talk the Talk & Walk the Walk When it Comes to Libel Tourism: How the Freedom to Sue Abroad Can Kill the Freedom of Speech at Home*, 22 *Pace International Law Review* 280 (2010); John R. Crook, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 104 *American Journal of International Law* 682 (2010).

^④ See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts* 1013 (Aspen Publishers 2007).

^⑤ See *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

是,如果判决作出国和美国尚没有互惠关系,则不能执行该判决。^①希尔顿案对美国很多州的外国判决承认与执行制度产生了影响。

1962年,美国统一州法委员会颁布了《统一外国金钱判决承认法》(Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act, UFMJRA,以下简称1962年《统一承认法》),该法规定了外国判决的承认制度,目前已被美国32个州、哥伦比亚特区及维京群岛采纳为本州或本地立法。^②根据《统一承认法》,美国法院可以公共政策为由拒绝承认外国判决,也即,即便一个判决是为了获得损害赔偿,如果逃避宪法第一修正案的保护,美国法院也会拒绝承认该判决。美国关于外国诽谤判决承认的较早司法实践体现了这一点,其中较为知名的案例是太尼科夫诉马图塞维奇(Telnikoff v. Matusevich)案^③和巴强诉印度海外出版公司(Bachchan v. India Abroad Publications, Inc)案^④。这两个案件皆是当事人向美国法院申请承认和执行英国法院作出的诽谤判决,但是,相关美国法院都认为,英国判决和美国宪法第一修正案所确立的言论自由原则相悖,属1962年《统一承认法》所规定的公共政

① See *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 228(1895).

② 这32个州是阿拉斯加、加利福尼亚、科罗拉多、康涅狄格、特拉华、佛罗里达、佐治亚、夏威夷、爱达荷、伊利诺伊、爱荷华、缅因、马里兰、马萨诸塞、密歇根、密苏里、明尼苏达、密西西比、蒙大拿、内华达、新泽西、新墨西哥、纽约、北卡罗莱纳、北达科他、俄亥俄、俄克拉荷马、俄勒冈、宾夕法尼亚、得克萨斯、弗吉尼亚、华盛顿。另外,哥伦比亚特区和维京群岛也采纳了该法, <http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Foreign%20Money%20Judgments%20Recognition%20Act>, 2018年9月3日访问。

③ *Telnikoff v. Matusevitch*, 347 Md. 561, 702 A.2d 230 (1997).在该案中,一个美国居民在伦敦的《每日电报》上公布了一封信,公开指控一个英国居民以“血统标准”支持种族主义,该英国居民在英国法院提起诽谤之诉并获得胜诉判决。后来,该英国居民在美国马里兰州法院申请承认与执行该英国判决,马里兰州法院重新回顾了美国联邦宪法以及马里兰州权利宣言中的新闻自由,并且和英国的相关规定作了比较,最终认为:其一,英国法没有认识到原告须证明一般报导“失实”以及涉及公众人物案件“实际恶意”的必要性;其二,英国法要求被告承担证明报导真实性的义务;其三,在证明报导是否属于受保护的评论或意见时,英国法并没有准许被告证明他的报导语境,而所有这些都和美国以及马里兰州自由言论的规定相悖。因此,法院最终以“该英国判决违背了1962年《统一承认法》所规定的公共政策”为由拒绝承认和执行该判决。

④ See *Bachchan v. India Abroad Publications, Inc*, 585 N.Y.S.2d 661 (1992).在该案中,一家纽约通讯社刊载了一篇文章,指责印度的一个公众人物为一家军火公司保管资金。该公众人物在英国法院对该通讯社提起诽谤之诉并获得胜诉判决,但在向纽约州最高法院申请承认和执行时,却并没有成功。纽约州法院拒绝承认的理由是,该英国判决与法院地即美国的表达自由相悖,承认与执行该判决与这一公共政策相抵触。

策例外,因而不予以承认与执行。^①

2. 诽谤判决承认与执行联邦立法的契机:Ehrenfeld v. Mahfouz案

早期立法和实践表明,美国并没有关于外国诽谤判决承认与执行的专门和统一的制度,而这种状况因一个重要案件发生改变。该案就是冲击纽约州甚至美国联邦关于诽谤判决承认与执行制度的埃伦费尔德诉马哈福兹(Ehrenfeld v. Mahfouz)案。

2005年,美国著名反恐怖主义专家蕾切尔·埃伦费尔德(Rachel Ehrenfeld)博士出版了《资助邪恶:恐怖主义如何融资以及如何阻止》一书,揭露一个名为马哈福兹(Sheikh Khalid bin Mahfouz)的亿万富豪及其家族资助恐怖组织。该书在全美发行,有23本书被英国读者通过亚马逊网站购得。之后,马哈福兹以诽谤为由在英国法院起诉埃伦费尔德,但埃伦费尔德拒绝出庭参加庭审,英国法院于2004年作出缺席判决,判令埃伦费尔德向原告马哈福兹及其儿子们支付60000英镑的赔偿及其他费用。埃伦费尔德自始至终没有参加英国法院的任何诉讼程序,她后来在纽约州的联邦地区法院寻求宣告性救济(declaratory relief)^②,请求法院裁定并宣告该英国判决在美国不可执行,但法院却以缺乏属人管辖为由驳回了埃伦费尔德的请求。

显然,美国当事人如欲在美国法院寻求宣告性救济,以阻止对己不利的英国诽谤判决在美国生效,首先必须确保法院具有管辖权,但是,事实上,对法院而言,属人管辖是美国法院难以逾越的障碍,这势必会影响美方当事人的利益,因此,对这种法律障碍的消除势在必行。

3. SPEECH法案:Ehrenfeld案的后续效应

针对埃伦费尔德在纽约州提起宣告性之诉所面临的法律窘境,纽约州启动紧急立法程序,于2008年4月29日全票通过了《诽谤恐怖主义保护法》(Libel Terrorism Protection Act),也被称为“蕾切尔法”(Rachel's Law)。该法规定,纽约州法院对在海外针对纽约州居民提起诽谤之诉的当事人拥有管辖权,且法院会以公

^① 2005年,统一州法委员会对1962年《统一承认法》进行修改,出台了2005年《外国金钱判决承认统一法》(Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act, UFC-MJRA,以下简称2005年《统一承认法》),旧法中的公共政策这一拒绝承认与执行外国判决理由依然在該法中得以保留。

^② 美国的言论发布者可通过向法院寻求宣告性救济,而使法院宣判该外国诽谤判决是无效判决。该种判决能阻止外国判决在美国的承认与执行。See Raymond W. Beauchamp, *England's Chilling Forecast: The Case for Granting Declaratory Relief to Prevent English Defamation Actions from Chilling American Speech*, 74 *Fordham Law Review* 3133-3135 (2006).

共政策为由拒绝承认与执行针对本州居民的诽谤判决。经由该法,纽约州第一个扛起了明确拒绝承认外国诽谤判决的大旗。

2010年8月10日,美国总统奥巴马签署了《持久和既定宪法遗产保护法》(Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act,以下简称SPEECH法案),该法旨在保护美国作家和出版商免受诽谤择地行诉负面效应的影响。SPEECH法案第二部分规定了该法的核心内容:美国法院一般不承认和执行外国法院作出的诽谤判决,但有两种例外情况:其一,作出判决的外国法院所适用的诽谤法的规定,不低于美国宪法第一修正案以及被请求法院所在州法律对言论自由和新闻自由的保护;其二,即便作出判决的外国法院所适用的诽谤法,并没有规定和美国宪法第一修正案和被请求法院所在州的宪法和法律对言论自由和新闻自由的同等保护,如果被请求法院依据以上法律能判定该案件的被告需要承担诽谤责任。此为外国诽谤判决承认的“第一修正案要求”。除此之外,SPEECH法案还规定,尽管联邦和州法有其他规定,法院也不能承认和执行外国法院作出的支持诽谤的判决,除非,外国法院对案件属人管辖的行使符合美国宪法所规定的正当程序要求。^①申请承认和执行外国判决的当事人应当承担举证责任,证明外国法院对案件属人管辖权的行使符合美国联邦宪法对本国法院所规定的正当程序的要求。^②此为诽谤判决承认的“管辖权要求”。外国诽谤判决只有同时满足以上的“第一修正案要求”和“管辖权要求”,才能得到承认与执行。^③

SPEECH法案针对“诽谤择地行诉”而设,其核心是,如果外国诽谤判决所适用的诽谤法的规定,低于美国宪法第一修正案对言论自由的保护,该外国判决将不予承认与执行。如此,“诽谤择地行诉”中美国被告方的利益得到一定程度的保护。SPEECH法案虽表明了美国对外国诽谤判决的态度,但是,诽谤择地行诉是全球性问题,解决该问题的最有效途径应是国际社会达成共识和合作。^④但是,美国SPEECH法案对外国诽谤判决一般不予承认的立场,一定程度上通过其谈判代表影响了诽谤判决在“判决项目”中的最终命运。

(三)内部原因:管辖权被现行“判决项目”无奈割舍

民商事管辖权和判决的承认与执行是国际民事诉讼的两端,民商事管辖权是首要前提,判决的承认与执行是终极保障。从已有的国际立法来看,有只规定管

^① 28 U.S.C. § 4102(b) (1).

^② 28 U.S.C. § 4102(b) (2).

^③ 28 U.S.C. § 4102(a)-(b).

^④ See Justin S. Hemlepp, *Recent Development: “Rachel’s Law” Wraps New York’s Long-Arm around Libel Tourists*, 17 *Journal of Transnational Law & Policy* 391 (2008).

管辖权或判决承认与执行的单一公约(single convention),最典型的如1971年海牙《民商事外国判决的承认与执行公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters,以下简称1971年《海牙执行公约》)、1979年《美洲国家间关于外国判决和仲裁裁决域外效力的公约》(Inter-American Convention on the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards,以下简称《蒙得维的亚公约》);也有将管辖权、判决的承认与执行二者都作出规定的双重公约(double convention),以此便利判决的承认与执行,如海牙国际私法会议1996年的《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》(Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children)、欧盟1968年《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》(Convention on Jurisdiction and Enforcement in Civil and Commercial Matters,以下简称《布鲁塞尔公约》)和2012年修订的《布鲁塞尔条例I》、1988年《民商事管辖权及判决执行公约》(Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters,以下简称《卢迦诺公约》)、2000年《婚姻事项和夫妻双方对共生子女的 parental responsibility 事项的管辖权及判决的承认与执行条例》(Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses,以下简称《布鲁塞尔条例II》)及2003年修订的《布鲁塞尔条例II a》,这些都是将管辖权和判决承认、执行两者并重的典范。

对于海牙“判决项目”而言,在关于该项目的最早文件——1992年《常设局关于判决执行一般公约的若干思考》(Some Reflection of the Permanent Bureau on a General Convention on Enforcement of Judgments)中,常设局就考虑了美国代表的建议,认为1971年《海牙执行公约》规定有限且影响甚微,应在《布鲁塞尔公约》和《卢迦诺公约》的基础上制定更具广泛性的全球性公约,以满足海牙国际私法会议成员国在判决流通方面的要求。在这份文件中,常设局目标宏大,信心满满,决定不再将《公约》设计为仅仅涵盖判决承认与执行的单一公约,而是还要将“管辖权”问题涵纳进来,未来《公约》的内容应该更广泛、更充实、更丰富。自这份文件开始,以后关于“判决项目”的相关文件皆考虑管辖权问题,但是,《公约》谈判进展缓慢,甚至一度停滞不前,2005年达成的《选择法院协议公约》是“缓兵之策”性质的无奈之举,但多少给人“未来可期”的动力和希望。然而,由于参与谈判的国家在民商事管辖权方面分歧甚大,难以达成妥协意见,为使《公约》谈判能够继续推进,常设局在2010年提出了未来《公约》谈判的三种方案:其一是既规

定直接管辖权也规定判决承认与执行的公约,即双重公约;其二是仅规定判决的承认与执行,即单一公约;其三是制定一个包含直接管辖权和判决承认与执行的非约束性国际文件。常设局认为,“判决项目”应以判决承认与执行为核心,只在涉及原判决国法院对案件的管辖权时才作出间接管辖权方面的规定,而不再涉及民商事案件的直接管辖权,惟其如此,《公约》谈判才更具现实可行性。^①但是,这仅仅是常设局对《公约》继续谈判方向的一种期待,对该方案并没有最终敲定,甚至在2012年3月常设局关于判决项目的“背景文件”(background note)中,三种方案依然存在,常设局甚至还罗列和分析了这三种方案的优劣,并提请专家小组注意,但是字里行间,偏好单一公约的倾向更为明显。2012年4月,专家小组在《关于公约谈判下一步工作的总结和建议》(Conclusions and Recommendations of the Expert Group on Possible Future Work on Cross-border Litigation in Civil and Commercial Matters)中,直言未来文件应主要规定判决的承认与执行。至此,民商事管辖权(直接管辖权)不再属“判决项目”关注的主体内容,海牙国际私法会议转而希望仅在判决承认与执行上谋求全球一致。

而就诽谤判决而言,此类判决复杂而敏感,诽谤判决的承认与执行更是千难万阻。如果在同一公约框架内规定诽谤案件的直接管辖权,某种程度而言,诽谤判决的承认与执行会相对容易、相对通畅。但是,由于管辖权问题已经不再属《公约》谈判的事项,诽谤判决的承认与执行会面临意想不到的困难,且因其涉及表达自由和名誉权保护这一对一直处于博弈状态且短时难分高下的世界难题,诽谤判决的承认与执行势必难以落实,因此,诽谤判决之所以被列入“判决项目”的排除事项,追根溯源显然是管辖权脱离“判决项目”范围而产生的“蝴蝶效应”。

结语

判决的承认与执行是国际民事诉讼中的重要一环,但又是“目前国际社会所面临的共同难题”,^②海牙“判决项目”是国际社会谋求判决国际流通的尝试,目前虽尚未达成最终成果,但已曙光初现。“判决项目”一度推进缓慢的原因在于,《公约》所涉问题繁多而复杂,谈判方之间的博弈胶着而微妙。而诽谤问题是关涉言论自由和名誉保护的敏感事项,其在“判决项目”中,历经隐属《公约》调整范围到

^① See HCCH, Continuation of the Judgments Project Drawn up by the Permanent Bureau, <https://assets.hcch.net/docs/cd5f79f4-d710-44a1-a266-af0e73a6ffb4.pdf>, visited on 21 September 2018.

^② 参见乔雄兵:《论外国法院判决承认与执行中的终局性问题》,《武大国际法评论》2017年第1期,第86页。

被明确列入排除事项,这是多种原因交织的结果。首先,诽谤择地行诉问题未有偃旗息鼓之势,所引发的诽谤判决的承认与执行问题也更为复杂;其次,美国在国内通过 SPEECH 法案对外国诽谤判决高树藩篱,这一明确不予承认外国诽谤判决的态度,必然反映到美国的谈判立场中;再次,“判决项目”的范围一再收紧,当管辖权问题被决然舍弃,诽谤判决的国际流通也随之失去了内部体系保障,诽谤判决的承认与执行面临更大的障碍。基于以上原因,如果要尽快“在世界司法史上破天荒地在全球范围内建立法院判决的全球流通机制”,^①如若求得“判决项目”尽快落地生根、开花结果,争议丛生的诽谤问题只能憾然落入《公约》范围之外。

就我国而言,目前的国内立法中尚未有关于外国诽谤判决承认的特别规定,即便“判决项目”终成正果且我国成为缔约国,由于诽谤不属《公约》调整范围,我国也难以在《公约》中找到诽谤判决承认与执行的条约依据。但是,我国关于外国判决承认与执行的一般规定,可作为我国法院对待外国诽谤判决的法律依据,尤其是,其中的公共政策工具可适时起到“安全阀”的作用。

On the Defamation Problem in the Hague Judgment Project: Ever In and Now out of the Scope

Abstract: The recognition and enforcement of foreign judgments is a worldwide problem, and the recognition and enforcement of defamation judgments is more complicated as it relates to freedom of speech and the protection of reputation. In the HCCH Judgment Project, defamation was initially subject to the adjustment of the Convention, but it is then excluded from the scope of the latest HCCH Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. This change is a result of a variety of reasons. Firstly, libel tourism occurs frequently and causes the circulation problem of libel judgments. It is the real cause of such change. Secondly, the international community refuses to recognise libel judgments in their domestic legislation, and correspondingly infiltrate the spirit of their domestic law into the negotiation of the Convention. It is the external cause. Thirdly, the jurisdiction of the adjustment of the Judgment Project has been excluded, and thus result in lack

^① 参见徐国建:《建立法院判决全球流通的国际法律制度——〈海牙外国判决承认与执行公约草案〉立法资料、观点和述评》,《武大国际法评论》2017年第5期,第106页。

of internal system to guarantee the international circulation of libel judgments. It is the internal cause. When a Chinese court is asked to recognize and enforce a foreign defamation judgment, the present general provisions on the recognition and enforcement of foreign judgments in Civil Procedural Law can be invoked flexibly to support a certain decision under the circumstances that there are no special provisions on recognition and enforcement of foreign defamation judgments in domestic legislation and international conventions to which China is a contracting party.

Key words: HCCH Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments; defamation problem; judgment project; recognition and enforcement of foreign judgments; defamation judgments; libel tourism

(责任编辑:乔雄兵)